Die
Verteilung der Haftungslast
bei mehrfach gesicherter Forderung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von
Richard Vietor
Regierungsreferendar aus Bremen

Marburg 1937

Druck: Thüringer Gauzeitung, Weimar.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. Mai 1937.

Berichterstatter: Professor Dr. Jung.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Schrifttum

Bendix	im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 25, Seite 84 ff.: Zur Lehre vom gesetzlichen Uebergange der Rechte im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen.
Biermann	Das Sachenrecht des BGB., 2. Auflage.
Boethke	Gruchot, Band 47, Seite 859 ff.
Breit	Gruchot, Band 48, Seite 283: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.
Cohn	J. W., Jahrgang 1906, Seite 410: Ueber das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen.
Cosak	Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts, Band 1 und 2.
Crone	System des Deutschen Bürgerl. Rechts, Band 1 und 2.
Emmerich	Pfandrechtkonkurrenzen.
Endemann	Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Band 1 und 2.
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse.
Happek	Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Erlangen 1909.
Hermes	Der Regreß bei einfacher und mehrfacher Sicherung einer Forderung unter Berücksichtigung der Sicherungsübereignung. Greifswald 1918.

Johnen . . . . Zur Lehre vom gesetzlichen Uebergang der Sicherungsrechte auf den Bürgen. Greifswald 1918.

Koban . . . . Regreß des Bürgen.

Kommentar . . . . . . der Reichsgerichtsräte.

Kremer . . . . Die Mitbürgschaft.

Lippmann . . . . Archiv für die zivilistische Praxis, Band 111, Seite 135 ff.

Martinius . . . . . . D. J.-Z. 1903, Seite 543 ff.: Entsprechende Anwendung des § 774, Abs. 2, im Falle des 1225 BGB.

Motive . . . . zum BGB. Amtliche Ausgabe.

Mugdan . . . . Die gesamten Materialien zum BGB.

Plancks . . . . Kommentar zum BGB. 2. und 3. Band.

Rudorff . . . . Archiv für die zivilistische Praxis, Band 101, Seite 403: Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen.

Schulz . . . . Rückgriff und Weitergriff.

Sellner . . . . Recht 1904, Seite 477: Zur Auslegung des 1225 BGB.

Staudinger . . . . . . Kommentar zum BGB.

Sternberg . . . . Gruchot, Band 52, Seite 545 ff.: Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung.

Strohal . . . . D. J.-Z. 1903, Seite 373 ff.: Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB.

Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts, Band 61, Seite 59 ff.: Der gesetzliche Uebergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung.

Tacken . . . . Ausgleichsanspruch des Mitbürgen. Erlangen 1908.

Wolff . . . . Lehrbuch des Sachenrechts.

Gliederung

Einleitung

A. Mehrfache persönliche Sicherung einer Forderung (Mitbürgschaft).

B. Mehrfache dingliche Sicherung einer Forderung.

I. Gesamthypothek.

II. Mehrfache Sicherung einer Forderung durch Pfandrecht an beweglichen Sachen.

III. Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht für dieselbe Forderung.

C. Zusammentreffen von persönlicher und dinglicher Sicherung für eine Forderung.

Ergebnis.

Ueber die Verteilung der Haftungslast bei mehrfach gesicherter Forderung ist viel geschrieben worden. Trotzdem wird man nicht sagen können, daß das Problem bisher gelöst worden wäre, weil keine der verschiedenen Ansichten in Ergebnis und Begründung allgemeine Anerkennung gefunden haben.

In der vorliegenden Darstellung soll versucht werden, an Hand des Gesetzes einen Weg zu zeigen, wie die verschiedenen in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen gelöst werden können, ohne zu unbilligen oder mit dem Gesetz unvereinbaren Ergebnissen zu kommen.

Die einzelnen verschiedenen möglichen Fälle von mehrfacher Sicherung einer Forderung werden nacheinander behandelt werden. Wie wir sehen werden, wird es möglich sein, in der gesetzlichen Regelung eine einheitliche Linie festzustellen.

A. Mehrfache persönliche Sicherung einer Forderung. (Mitbürgschaft.)

Die gesetzliche Definition für den Begriff der Mitbürgschaft ergibt sich aus § 769 BGB. Danach sind diejenigen Mitbürgen, die sich für dieselbe Forderung verbürgt haben, mögen sie auch von ihrer gegenseitigen Verbürgung nichts gewußt haben und zu ganz verschiedenen Zeitpunkten die Bürgschaft eingegangen sein.

Wird nun bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners einer der Mitbürgen vom Gläubiger in Anspruch genommen, so hat er selbstverständlich den Regreßanspruch gegen den Schuldner (§ 774, Absatz 1, Satz 1). Dieser wird aber häufig für ihn wertlos sein, weil im allgemeinen der Bürge ja nur bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Anspruch genommen wird.

Es fragt sich nun, wieweit der Bürge im Verhältnis zu seinem Mitbürgen einen Ausgleichsanspruch hat, so daß er dadurch die Last der Schuld ganz oder teilweise auf seinen Mitbürgen abwälzen könnte.

Wenn im folgenden von einem Forderungsübergang und einem Leistungsausgleich die Rede ist, so ist damit immer nur der Ausgleichsanspruch gegen den anderen Mitbürgen gemeint. Der daneben bestehende Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner bleibt unberücksichtigt; er wird uns im folgenden nicht beschäftigen, weil er in diesem Zusammenhange keine rechtlichen Besonderheiten bietet.

Für die Mitbürgschaft kommen folgende Vorschriften des Gesetzes in Frage:

1. Die allgemeinen Vorschriften über die Bürgschaft. Auch der Mitbürge ist ja Bürge. Auch diese Vorschriften kommen also insoweit für ihn zur Anwendung, als sich nicht aus der Besonderheit der Mitbürgschaft — der Mehrheit von Bürgen — ein anderes ergibt.

2. Die Vorschrift des § 769 BGB. Nach dieser Vorschrift haften Mitbürgen als Gesamtschuldner. In dieser Vorschrift ist also eine Verweisung auf die §§ 421 ff. BGB. enthalten.

3. § 774, Absatz 2 BGB. Dieser bestimmt, daß Mitbürgen einander nur nach § 426 haften.

Diese letztere Vorschrift scheint zunächst überflüssig, weil doch schon in der in § 769 enthaltenen Verweisung auf die §§ 421 ff. BGB. § 426 zur Anwendung gebracht worden ist.

Man wird nicht ohne Not annehmen können, daß eine solche Vorschrift, wenn sie absolut überflüssig wäre, in das Gesetz aufgenommen wäre, und wir werden im folgenden sehen, daß diese Vorschrift sehr wohl ihre Bedeutung hat.

Außer § 774, Absatz 2, haben wir als Vorschrift einmal die §§ 420 ff. BGB. § 426 bestimmt, daß Gesamtschuldner im Zweifel im Innenverhältnis nach Kopfteilen verpflichtet sind. Absatz 2 bestimmt, daß die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner insoweit auf den Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, übergeht, als er einen Ausgleichsanspruch hat. Weiter haben wir § 774 Absatz 1 als allgemeine Vorschrift für Bürgen. Dieser käme, wenn der Absatz 2 nicht wäre, zur Anwendung, weil ja auch ein Mitbürge Bürge ist. Danach geht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, über. In Verbindung mit den §§ 412 und 401 BGB. geht diese Forderung mit allen ihren Sicherungen über. Auch die Bürgschaft des Mitbürgen ist eine solche Sicherung. Auch diese würde also gemäß § 774 auf den zahlenden Mitbürgen übergehen.

Hierin liegt ein Widerspruch zwischen den beiden Vorschriften, und wir wollen zunächst feststellen, worin dieser Unterschied besteht. Dafür müssen wir uns über einen grundsätzlichen Unterschied, der zwischen schuldrechtlichen Vorschriften bestehen kann, klar werden.

Wir haben im Schuldrecht einmal Vorschriften die auf den Inhalt des betreffenden Rechtsverhältnisses bezogen sind. Weiter haben wir solche Vorschriften, die die Möglichkeiten zur Verwirklichung der sich aus den ersteren ergebenden subjektiven Rechte geben.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Vorschriften ist von Leonhard durch seine Lehre von dem Eigentum an Forderungen aufgezeigt worden. Ohne hier näher auf diese Lehre einzugehen, soll sie uns den Unterschied zwischen verschiedenen schuldrechtlichen Vorschriften klarmachen.

Wir finden diese verschiedenen Arten von Vorschriften in der Lehre vom Uebergang der Forderung einmal in dem Zessionsvertrag und dann dem tatsächlichen Uebergang der Forderung. Der Zessionsvertrag ist unmittelbar auf das Rechtsverhältnis der Vertragschließenden bezogen. Der Uebergang der Forderung ist die praktische Verwirklichung dieses Vertrages. Um diesen Unterschied im folgenden auszudrücken, wollen wir uns der Ausdrücke

„rein obligatorische Vorschrift" für die auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses und „quasi dingliche" für die auf die Verwirklichung bezogenen Vorschriften bedienen.

Daß dieser Unterschied gemacht werden muß, ergibt sich auch aus folgendem: Der nach § 268 Absatz 3, Satz 1, erfolgende Forderungsübergang tritt auch dann ein, wenn der Betreffende selbst dem Gläubiger haftet. Der Geltendmachung dieser übergegangenen Forderung könnte gegebenenfalls eine Einrede aus dem Innenverhältnis entgegengestellt werden. Der „quasi dingliche" Forderungsübergang geht weiter als der „rein obligatorische" Anspruch, ist also etwas anderes.

Dieser Unterschied ist vom Gesetzgeber auch in § 426 gemacht worden. Der Absatz 1 spricht von dem (rein obligatorischen) Ausgleichsanspruch, der Absatz 2 von dem (quasi dinglichen) Forderungsübergang.

Sind wir uns über diesen grundsätzlichen Unterschied klar, so können wir über die Bedeutung des § 774, Absatz 1 BGB, nicht mehr im Zweifel sein. § 774 spricht nur von Forderungsübergang, ist also eine „quasi dingliche" Vorschrift. Von einem Ausgleichsanspruch oder einer anderen „rein obligatorischen" Beziehung ist in ihm nicht die Rede.

Hier könnte man vielleicht einwenden: Es mag grundsätzlich richtig sein, daß man die scharfe Trennung zwischen „rein obligatorischer" und „quasi dinglicher" Vorschrift macht. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese Vorschriften auseinanderfallen müssen. Es ist auch denkbar, daß eine Vorschrift einmal rein obligatorisch und zum anderen auch quasi dinglich ist, wie dies z. B. bei den gesetzlichen Vorschriften über die Abtretung der Forderung der Fall ist. Dies könnte auch hier so sein, daß § 774 einmal den Uebergang der Forderung betrifft, zum andern aber auch das Rechtsverhältnis der Mitbürgen unmittelbar berührt, weil gerade dadurch, daß der Forderungsübergang angeordnet wird, die Voraussetzungen für den Ausgleich geschaffen werden, und also insofern durch diese „quasi dingliche" Vorschrift auch der Ausgleich selbst mitgeregelt wird.

Hierauf ist folgendes zu erwidern: Daß der Forderungsübergang als solcher, d. h. die Vorschrift über den Wechsel des Gläubigerrechts, nicht der Verpflichtungsgrund selbst ist, ist bereits oben dargelegt. Die Tatsache des Ueberganges als solche verpflichtet zu nichts. Sie ist ein rein äußerlicher, für das Rechtsverhältnis völlig farbloser Vorgang. Man könnte höchstens sagen, daß die übergangene Forderung, also sozusagen das Perfektum des Forderungsüberganges, sich auf das Rechtsverhältnis beziehen könnte, weil ja jetzt in dem Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger der Forderung eine Veränderung eingetreten ist. Dann wäre aber der Uebergang der

Forderung selbst (das Präsens) völlig ohne Rechtsgrund erfolgt. Man darf nicht sagen, der Forderungsübergang (das Präsens) ist erfolgt, damit die übergangene Forderung (das Perfekt) die Verwirklichung des Ausgleichs zwischen den Beteiligten herbeiführt. Denn mit diesem „damit" gibt man zu, daß der Grund für den Uebergang schon vor und während des Ueberganges bestanden hat, und dieser Grund ist eben die Herbeiführung des Ausgleichs zwischen den Beteiligten. Wenn man nun nicht eine Trennung zwischen einem äußerlichen oder übergesetzlichen Grund und seiner gesetzlichen Verankerung machen will, muß man zugeben, daß § 774 Absatz 1 selbst nicht den Ausgleichsanspruch regelt.

Damit ist aber nicht gesagt, daß für Bürgen auch kein Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner gegeben wäre. Denn wenn dieser auch nicht in § 774 Absatz 1 enthalten ist, kann er doch ausdrücklich oder stillschweigend in anderen Vorschriften enthalten sein, und das Bestehen des Forderungsüberganges ist ein wichtiges Indiz für das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs.

Dieser Ausgleichsanspruch ergibt sich aus dem ganzen Verhältnis zwischen Bürgen, Schuldner und Gläubiger. Der Bürge gibt nur dem Gläubiger die Sicherheit, daß er seine Forderung gegen den Schuldner verwirklichen kann, ohne daß er dem Schuldner gegenüber eine Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers übernimmt. Aus dem Widerspruch, der in der Gestaltung der Beziehungen zwischen den drei Beteiligten liegt, daß der Bürge zwar dem Gläubiger, aber nicht dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, in Verbindung mit dem bloßen Sicherungszweck der Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber ergibt sich der Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner, der diesen Widerspruch auflöst, indem die endgültige Last der Schuld jetzt wieder dem ursprünglich Verpflichteten aufgelegt wird.

Dieser Forderungsübergang gegen den Schuldner beschränkt sich auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Schuldner. Aus den allgemeinen Vorschriften über die Bürgschaft kann man einen Ausgleichsanspruch unter Mitbürgen nicht entnehmen, weil hier ein ganz anders geartetes Rechtsverhältnis als zwischen Bürgen und Schuldner vorliegt.

Dann sagt also § 774 Absatz 1 nichts über den Ausgleichsanspruch zwischen Mitbürgen, denn der Wortlaut dieser Vorschrift trifft nur den Forderungsübergang. Doch wird man sagen müssen, daß diese Vorschrift dann ein wichtiges Indiz für das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs unter Mitbürgen wäre, wenn nicht noch eine andere, ausdrückliche Vorschrift darüber gegeben wäre.

Hier könnte es nun zweifelhaft sein, ob man unter Heranziehung des sich aus § 774 Absatz 1 ergebenden Indizes einen

Ausgleichsanspruch annehmen muß, oder ob man die Vorschrift des § 426, Absatz 1, die aber nur „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“, Geltung hat, zur Anwendung bringen will, wenn nicht die Vorschrift des § 774, Absatz 2, da wäre.

Wie wir gesehen haben, bezieht sich § 774, Absatz 1, nur auf den Forderungsübergang. Bei dem Wortlaut des Absatzes 2 wird man annehmen müssen, daß auch dieser sich auf dasselbe bezieht, wie Absatz 1. Wenn man auch den Ausdruck „Mitbürgen haften als Gesamtschuldner“ als unglücklich bezeichnen muß, kann er im Zusammenhang mit § 774 Absatz 1 doch keine andere Bedeutung haben, als daß der Forderungsübergang bei Mitbürgen nur in gleichem Maße wie bei Gesamtschuldnern eintritt.

Durch diese Einschränkung des Absatzes 1 ist das sich aus ihm ergebende Indiz für einen weitergehenden Ausgleichsanspruch weggefallen, so daß man jetzt unbedenklich die Vorschrift des § 426 Absatz 1, obwohl sie nur Geltung hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, für den Ausgleichsanspruch unter Mitbürgen anwenden kann.

Damit ist der Widerspruch, der uns zunächst im Gesetz zu liegen schien, aufgelöst. § 774 Absatz 2 hat sehr wohl seine Bedeutung. Er schränkt den sich aus § 774 Absatz 1 ergebenden Forderungsübergang für Mitbürgen dahin ein, daß ein Forderungsübergang nur wie bei den Gesamtschuldnern eintritt.

Damit hätten wir die Regelung des Ausgleichsanspruches zwischen Mitbürgen erkannt. Die rechtliche Grundlage dieses Ausgleichs bildet § 426, Absatz 1. Der Forderungsübergang bei Mitbürgen ist ebenfalls in § 426, und zwar in Absatz 2, geregelt. Daß die Vorschrift des § 426 Absatz 2, zur Anwendung kommt, ergibt sich aus § 774 Absatz 2.

Die genaue Kenntnis der Geltungskraft und Bedeutung des § 774, Absatz 2, ist zur rechtlichen Erfassung des Verhältnisses unter Mitbürgen unbedingt erforderlich. Wenn man sich diese Ausführungen auch sparen könnte, weil man auch unmittelbar aus §§ 769, 426 zu demselben Ergebnis kommt, zu dem wir jetzt gekommen sind, so ergibt sich aus den gemachten Ausführungen, daß ein solches Verfahren angesichts der Bedenken, die einem aus der Existenz und Stellung des § 774 Absatz 2, entstehen müssen, zu oberflächlich wäre, besonders, wenn man zu diesem Ergebnis nur durch die Unterstellung kommen kann, daß die Vorschrift des § 774 Absatz 2, überhaupt überflüssig ist. Wir werden später noch sehen, daß die richtige Erkenntnis des § 774 Absatz 2 auch eine große, unmittelbar praktische Bedeutung für die richtige Erkenntnis der rechtlichen Beziehungen zwischen mehreren Bestellern eines Pfandrechts an beweglichen Sachen hat.

Dieses Ergebnis wird auch den Interessen der durch es betroffenen Personen in vollem Umfange gerecht und entspricht den Grundsätzen des Gesetzes.

Der Zweck der Bürgschaft, die unbedingte Sicherheit der Befriedigung des Gläubigers, wird durch sie überhaupt nicht berührt, weil es sich ja um Ansprüche handelt, die erst nach der Befriedigung des Gläubigers entstehen. Auch wird durch dieses Ergebnis der Bürge, soweit es sich mit seiner Stellung als Besteller einer persönlichen Sicherheit überhaupt verträgt, geschützt. Soweit er von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann, hat er die Möglichkeit, die Last der Forderung anteilmäßig auf d i e mit abzuwälzen, die in der gleichen Lage sind wie er. So wird das Risiko, das er als Besteller einer persönlichen Sicherheit ja deshalb in besonders hohem Maße hat, weil er mit seinem ganzen Vermögen und Erwerb dem Gläubiger gegenüber verpflichtet ist, in weitmöglichstem Maße gemildert. Die dementsprechende Mehrbelastung des nicht in Anspruch genommenen Mitbürgen muß deshalb als angemessener Ausgleich für die Befreiung von der vorher für diesen doch in gleichem Maße wie bei dem zahlenden Mitbürgern bestehenden Verbindlichkeit betrachtet werden.

Zu einem gleichen Ergebnis, was die Bedeutung des § 774 Absatz 2, betrifft, kommen Planck[1]), Sternberg[2]) und Strohal[3]). Wenn sie trotzdem im Schrifttum keine allgemeine Zustimmung gefunden haben, so liegt das m. E. daran, daß sie sich damit begnügen, das E r g e b n i s festzustellen und nicht im einzelnen den Weg, wie sie dieses gewinnen, aufzeigen. So sind sie mit ihrer Ansicht allein geblieben, und dies erscheint bei der Kürze und nicht genügenden Klarheit ihrer Ausführungen nicht einmal verwunderlich.

Im übrigen begnügt sich das Schrifttum damit, die Regelung der Mitbürgschaft allgemein darzustellen. Es kommt dabei auch zu demselben Ergebnis wie wir, nur gewinnt es dieses unmittelbar aus § 426 und unterläßt es, auf das Verhältnis zwischen § 426 und 774 Absatz 2, und die Geltungskraft und Bedeutung des letzteren einzugehen, was nach unserer Ansicht eine Ungenauigkeit ist, wenn es in d i e s e m Fall auch keinen Einfluß auf das Ergebnis als solches hat.

Einen ganz eigenartigen Weg geht Kremer[4]) und im Anschluß an ihn Boethke[5]). Auch er macht den von uns grundsätzlich als richtig erkannten Unterschied zwischen Ausgleichsanspruch

[1]) a. a. O. § 1225 c 5, Abs. a. E.

[2]) a. a. O. Seite 547.

[3]) a. a. O. Seite 94 ff.

[4]) a. a. O. Seite 187 ff.

[5]) a. a. O. Seite 859.

und Forderungsübergang. Er behauptet, daß § 774 Absatz 2, nur das interne Ausgleichsverhältnis der Mitbürgen betrifft und mit dem gesetzlichen Forderungsübergang nichts zu tun hat. § 774 Absatz 2, ist dann keine Ausnahme zu der Regelung des § 774 Absatz 1, sondern im Gegenteil eine Ergänzung. Nach ihm gehen auch auf den zahlenden Mitbürgen neben der ganzen Forderung gegen den Hauptschuldner sämtliche Sicherungen über, nur haben die anderen Mitbürgen dem zahlenden gegenüber eine Einwendung aus ihrem internen Ausgleichsverhältnis, wo nach § 774 Absatz 2, § 426 Absatz 1, die Mitbürgen im Zweifel nach Kopfteilen haften. Er kommt dabei zu dem auffallenden Ergebnis, daß nicht § 426 Absatz 2, sondern gerade 426 Absatz 1, die von 774 Absatz 2, erfaßte Vorschrift ist.

Der Unterschied zwischen unserer und der Kremerschen Ansicht liegt also darin, daß wir annehmen, daß sich § 774 Absatz 2, ebenso wie Absatz 1 nur auf den Forderungsübergang bezieht, während Kremer annimmt, daß er den Ausgleichsanspruch betrifft. Dagegen sind wir soweit einig, daß § 774 Absatz 1, sich auf den Forderungsübergang bezieht. Warum ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Ausgleichsanspruch und Forderungsübergang gemacht werden muß, haben wir bereits dargelegt. Auch Kremer selbst macht diese Unterscheidung. Es erscheint uns daher unwahrscheinlich, daß zwischen den beiden Absätzen des § 774 ein so erheblicher Unterschied bestehen soll, ohne daß dies auch nur im geringsten in dem Wortlaut zum Ausdruck kommt. Viel naheliegender ist es zunächst, daß sie sich auf dasselbe beziehen und Absatz 2 nur eine Einschränkung des Absatzes 1 bringt.

Hinzu kommen noch die schweren Bedenken, die schon aus der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des BGB. auftauchen. Diese sind zuerst von Bendix[1]) vorgebracht worden. Er zeigt auf, wie auf den § 337 des Entwurfs zum BGB., der dem § 426 BGB. entspricht, zunächst nur soweit verwiesen wurde, wie er den Inhalt des heutigen Absatzes 2 und Absatz 1, Satz 2, enthält. Später, als bei einer Aenderung auch 337 Absatz 1 Entwurf — der heutige § 426 Absatz 1 Satz 1, — miterfaßt wurde, wurde auf die lediglich redaktionelle Bedeutung dieser Aenderung verwiesen[2]) und betont, daß sich die Anwendbarkeit von Absatz 1 ja schon aus 637 Entwurf ergebe. Diese Entstehungsgeschichte spricht unbedingt gegen die Kremersche Auffassung.

Es ist auch nicht einzusehen, woraus angesichts dieser schweren Bedenken diese doch etwas gewaltsame Auffassung gerechtfertigt werden könnte. Das Ergebnis, das wir aus dem Gesetz entnehmen konnten, führt zu demselben Ergebnis, steht aber besser

[1]) a. a. O. Seite 86 ff.

[2]) Mugdan Protokolle II Seite 1027.

mit der Systematik und Entstehungsgeschichte des Gesetzes in Einklang.

Auch wäre nach dieser Ansicht § 774, Absatz 2, absolut überflüssig, denn die Anwendbarkeit von 426, Absatz 1, ergibt sich ja schon aus 769. Dieser Absatz ist auch niemals durch § 774 Absatz 1, berührt worden.[1])

Die Kremersche Ansicht scheint mir deshalb abwegig und nicht mit dem geltenden Recht vereinbar.

Zusammenfassend kommen wir also zu folgendem Ergebnis betreffs der Verteilung der Haftungslast unter Mitbürgen.

Wird bei mehreren Bürgen einer vom Gläubiger in Anspruch genommen, so geht nach § 774 Absatz 1, die Forderung gegen den Schuldner auf ihn über. Ferner gehen nach § 774 Absatz 2, in Verbindung mit 426 Absatz 2 die Forderungen gegen die anderen Mitbürgen auf den Zahlenden über, soweit dieser einen Ausgleichsanspruch gegen die anderen hat. Daß ein solcher Anspruch wenigstens im Zweifel gegeben ist, ergibt sich aus § 769 in Verbindung mit 426 Absatz 1. So kann der Inanspruchgenommene dann im Zweifel eine Verteilung der Last der Schuld unter seinen Mitbürgen nach Kopfteilen herbeiführen.

Der materielle Ausgleich macht keine Schwierigkeiten, wenn jeder der Bürgen sich auf die ganze Forderung des Gläubigers verbürgt hat. Schwieriger kann er sein, wenn mehrere sich in verschiedener Höhe für dieselbe Forderung verbürgt haben. Aber auch hier ist die aus dem Gesetz gefundene, oben dargelegte Lösung zu Grunde zu legen. Das Prinzip der Verteilung der Haftungslast unter Mitbürgen wird man der Lösung dieser Frage nur insoweit zu Grunde legen dürfen, als es sich um richtige Mitbürgen handelt.

Haben sich für die Schuld des A in Höhe von 1000 RM der B und der C verbürgt, und zwar B auf die ganze Summe und C in Höhe von 500 Mark, so sind B und C Mitbürgen in Höhe von 500 RM. Für die übrigen 500 RM ist B Alleinbürge. Ist von A Zahlung nun nicht zu erlangen, und zahlt der B die ganze Schuld, so hat er im Zweifel einen Ausgleichsanspruch gegen C auf die Hälfte der Mitbürgschaftssumme, also auf 250 RM. Die restlichen 750 RM trägt B allein.

Denkbar ist natürlich auch der von dem oben angeführten zu unterscheidende Fall, daß der B sich für die Schuld des A in Höhe von 700 RM und der C für die restlichen 300 RM verbürgt. In diesem Falle liegt in Wahrheit zweimal eine Alleinbürgschaft vor, ein Ausgleichsanspruch ist daher hier ohne weiteres nicht gegeben.[2])

---

[1]) vergl. auch Hermes a. a. O. Seite 45 ff.

[2]) Vgl. zu dem Letzten auch Tacken a. a. O. Seite 43 ff.

B. Mehrfache dingliche Sicherung einer Forderung

I. Gesamthypothek

Nach § 1132 BGB liegt eine Gesamthypothek dann vor, wenn für ein und dieselbe Forderung an mehreren Grundstücken eine Hypothek bestellt ist. Auch hier erhebt sich wieder die Frage, ob der Eigentümer des Grundstücks, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, dann die Möglichkeit hat, die Last der Schuld ganz oder teilweise auf die anderen Mitbesteller der Gesamthypothek abzuwälzen, wenn sowohl er als auch die anderen Mitbesteller nicht persönliche Schuldner der Forderung des Gläubigers sind. In dem Falle, wo Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner auseinanderfallen, hat der Grundstückseigentümer immer einen Ausgleichsanspruch gegen den persönlichen Schuldner. Von diesem soll aber im Folgenden nicht die Rede sein, sondern nur von dem Ausgleichsanspruch zwischen den mehreren Bestellern der Gesamthypothek.

§ 1173 BGB bestimmt, daß die Hypothek an dem Grundstück des Zahlenden auf diesen übergeht, während die Hypothek an den anderen Grundstücken erlischt. Absatz 2 fügt dann hinzu, daß, (nur) wenn der Zahlende einen Regreßanspruch gegen die anderen Sicherungspflichtigen hat, auch insoweit die Hypothek an den Grundstücken der anderen auf ihn übergeht und zwar in Verbindung mit seiner eigenen als Gesamthypothek.

Wir haben bei der Mitbürgschaft gesehen, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Ausgleichsanspruch und Forderungsübergang zu machen ist. Dieser Unterschied ist genau so für die Gesamthypothek zu machen, und wir erkennen, daß die Vorschrift des § 1173 sich nur auf den Forderungsübergang bezieht Wann ein Ausgleichsanspruch zwischen mehreren Bestellern einer Gesamthypothek gegeben ist, ist im Gesetz allgemein nicht gesagt. Ein solcher entsteht nicht etwa schon aus der bloßen Tatsache, daß einer der Besteller der Gesamthypothek den Gläubiger befriedigt hat, sondern es muß noch ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Bestellern bestehen, aus dem sich dieser Anspruch ergeben kann.

Wäre nämlich ein solcher Anspruch immer gegeben, so wäre die Fassung des § 1173 Abs. 2 absolut unverständlich. Es könnte dann nicht: „kann der Eigentümer . . . . Ersatz verlangen, geht . . . . . .“ heißen, sondern die Fassung müßte vielmehr sein: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht . . . . . .“.

Diese Auffassung von der Regelung des Ausgleichsanspruchs bei der Gesamthypothek ist allgemein im Schrifttum anerkannt. Wohl halten manche[1]) diese Regelung für unbefriedigend, und es muß auch zugegeben werden, daß eine andere Regelung hätte gewählt werden können, die vielleicht manchen Bedürfnissen besser entsprochen hätte,[2]) aber gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte[3]) kann nichts unternommen werden.

Anderer Ansicht ist in diesem Punkte Schulz[4]). Ausgehend von einer falschen Auffassung betreffend den Ausgleichsanspruch zwischen mehreren Verpfändern beweglicher Sachen[5]) für dieselbe Forderung, will er „in diese widerspruchsvolle gesetzliche Normierung“ durch „Interpretation Einheitlichkeit hineinbringen“[6]). Er interpretiert dann auch „zwanglos“ (!):

> „Der § 1173 regelt nur den Regreß grund (besser wohl auf „Grund) Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, nicht die „Ausgleichung. Ueber den Fall der Ausgleichung . . . . . . „bestimmt das Gesetz nichts, denn für diesen Fall aus „§ 1173 ein argumentum e contrario zu ziehen, nötigt nichts, „und es kann daher auch hier eine Ausgleichung statt„finden.“

Schulz steht mit dieser Ansicht allein. Koban, den er anführt, weil er für das österreichische Recht auf demselben Standpunkt stehe, muß zugeben[7]), daß gegen den klaren Wortlaut des § 1173 für das geltende Recht kein anderer Standpunkt eingenommen werden kann. Auch die Motive zeigen, daß diese Fassung mit Vorbedacht gewählt worden ist.

Man wird die Notwendigkeit einer solchen „Interpretation“ auch nicht einsehen können. Denn das Ergebnis, zu dem man anhand des BGB kommt, kann nicht als unbillig bezeichnet wer-

---

[1]) z. B. Koban: a. a. O. de lege ferenda.
verschiedenwertigen Grundstücken und bei verschiedenem Rang

[2]) wenn man auch die Schwierigkeiten für eine Abgrenzung bei verschiedenwertigen Grundstücken wie bei verschiedenem Rang der Hypotheken usw. nicht verkennen darf.

[3]) Motive zum BGB, Band 3, Seite 685.

[4]) a. a. O. Seite 69 ff.

[5]) Er kommt zu einem umgekehrten Ergebnis wie wir unter B II.

[6]) a. a. O. Seite 71.

[7]) a. a. O. Seite 201.

den. Die verschiedenen Grundstücke bei einer Gesamthypothek haften doch jedes einzeln für die ganze Forderung, und es ist nicht unbillig, wenn eines von ihnen auch in der Höhe, wie es belastet ist, in Anspruch genommen wird. Sollte aber ein Grundstückseigentümer sich darauf verlassen haben, daß er vielleicht nicht in Anspruch genommen werden würde, oder wenigstens nur zu einem bestimmten Teil, so ist das eine Spekulation, die keinen rechtlichen Schutz verdient. Außerdem hätte er ja die Möglichkeit gehabt, wie es praktisch häufig der Fall sein soll[1]), daß er vor Bestellung der Gesamthypothek einen Ausgleichsanspruch mit den anderen Grundstückseigentümern verabredet hätte und auf diese Art und Weise dann auch sich einen Ausgleichsanspruch hätte sichern können, der sogar durch die Gesamthypothek gedeckt worden wäre.

Man könnte vielleicht sagen, daß das eben Gesagte auch genau so gut auf die Mitbürgschaft zutrifft. M. E. muß man hier aber noch den besonderen Unterschied zwischen der persönlichen Haftung des Bürgen und der dinglichen des Pfandeigentümers machen. Der Bürge ist in einer ungleich schlechteren Lage als der Pfandeigentümer, weil er mit seinem ganzen Erwerb und Vermögen haftet, während die Haftung des Pfandeigentümers unter allen Umständen auf die Pfandsache beschränkt ist. Unter Berücksichtigung dieser gefährlicheren Lage des Bürgen im Vergleich zum Pfandeigentümer erscheint diese Besserstellung des Bürgen, die wie wir im folgenden[2]) sehen werden, dem Willen des Gesetzgebers entspricht, gerechtfertigt.

Im Falle der Gesamthypothek ist also ein Ausgleichsanspruch unter den mehreren Bestellern einer Gesamthypothek nur dann gegeben, wenn dieser sich aus einem besonders vereinbarten Rechtsverhältnis ergibt. Auch der Uebergang der Forderung gegen die anderen Mitbesteller der Sicherheit auf den zahlenden Grundeigentümer[3]) tritt nur insoweit ein, als ein Ausgleichsanspruch gegeben ist.

II. Sicherung einer Forderung durch Pfandrecht an mehreren beweglichen Sachen

Erheblich größere Schwierigkeiten als im Falle der Gesamthypothek macht die Frage nach den Regreßansprüchen unter mehreren Mitverpfändern beweglicher Sachen für dieselbe Forderung.

---

[1]) Wolff § 148 Anm. 22.

[2]) Seite 13.

[3]) wohl zu unterscheiden von dem Uebergang der Forderung und Ausgleichsanspruch gegen den Hauptschuldner.

Die gesetzliche Regelung dieser Frage ist nicht ganz eindeutig und die Ansichten über ihre Auslegung gehen weit auseinander. Auch in diesem Falle muß wieder zwischen dem Ausgleichsanspruch gegen die anderen Mitverpfänder und dem gegen den Hauptschuldner unterschieden werden. Nur von ersterem soll in folgendem die Rede sein, immer unter der Voraussetzung, daß Hauptschuldner und Verpfänder verschiedene Personen sind.

§ 1225 bestimmt die entsprechende Anwendung von § 774. Hier setzt der Streit bereits ein.

Biermann[1]) und einige, die sich seiner Ansicht angeschlossen haben,[2]) nehmen kurzerhand an, daß es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handeln müsse, denn eine entsprechende Anwendung von § 774 Abs. 2 sei unmöglich. Sie beschränken daher die Verweisung auf Abs. 1. Eine solche Erklärung kann natürlich nur dann gerechtfertigt werden, wenn kein anderer Weg zur Erklärung bleibt. Wir werden sehen, daß eine entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 sehr wohl möglich ist und einen guten Sinn gibt. Dann erledigt sich die Biermannsche Ansicht m. E. von selbst. Heute kann diese Ansicht auch wohl als allgemein überwunden angesehen werden. Was unter der entsprechenden Anwendung im § 1225 Abs. 2 zu verstehen ist, ist streitig. Die meisten Schriftsteller haben sich im Anschluß an Martinius[3]) auf den Standpunkt gestellt, daß Mitbürgen im § 774 Abs. 2 in der entsprechenden Anwendung nach § 1225 mehrere Verpfänder heißen müsse. Koban[4]) weist darauf hin, daß es korrekt mehrere Pfänder heißen müsse, weil die Verpfänder als solche überhaupt nicht hafteten. Gegen diese Berichtigung durch Koban wendet sich Hermes[5]). Er schreibt, daß nach dieser Ansicht nicht die Verpfänder, sondern die Pfandeigentümer einander zum Ausgleich verpflichtet wären. Dann müßte, wenn dies richtig wäre, § 1249, der dem Eigentümer ein Einlösungsrecht gewährt, folgerichtig eine dem § 1225 Abs. 2 entsprechende Vorschrift enthalten. Er fährt fort:

„Dies ist aber nicht der Fall. Daraus ergibt sich die Un-
„richtigkeit der Kobanschen Ansicht.“

Diese Beweisführung erscheint mir nicht richtig. Koban ist durchaus im Recht, wenn er darauf hinweist, daß es korrekt entsprechend Mitbürgen hier Pfänder heißen müsse. Der Unterschied zwischen persönlicher und dinglicher Haftung ist zu beachten. Die Pfänder sind genau das dem Bürgen entsprechende Haftung tragende Moment. Wenn wir den Ausdruck Pfänder „haften“

---

[1]) Sachenrecht Erl. zu § 1225 Nr. 1.

[2]) Z. B. Endemann § 141 Anm. 10.

[3]) a. a. O. Seite 543.

[4]) a. a. O. Seite 200.

[5]) a. a. O. Seite 47.

durch „sind in der Haftung befangen" ersetzen, erscheint uns dies auch nicht ungewöhnlich. Hermes denkt nämlich schon einen Schritt weiter. Er denkt bereits daran, daß wirtschaftlich allerdings der Pfandeigentümer einen Schaden erleidet, wenn die Pfänder haften, wenn er nicht auf irgendeine Weise Ersatz bekommen kann. Deswegen „haftet" er aber noch nicht. Es ist also auch nicht „folgerichtig", daß der § 1249 dieselbe Bestimmung haben müßte, wie 1225. Man kann also erst recht nicht aus dem Fehlen dieser Vorschrift auf die Unrichtigkeit der Ansicht, daß das dem Mitbürgen im § 774 entsprechende Pfänder heißen müsse, schließen.

Tatsächlich ist es aber ohne große praktische Bedeutung, ob wir von Pfändern oder Verpfändern reden.

Normalerweise wird man von dem Falle ausgehen müssen, daß der Verpfänder und der Pfandeigentümer eine Person sind. Wenn nun der persönliche Schuldner nicht zahlen kann, und der Gläubiger auf das Pfand zurückgreift, muß der Verpfänder, der zugleich Pfandeigentümer ist, die Schuldenlast tragen, mag er nun „aus der Sache" leisten oder sich im Wege der Einlösungszahlung befreien. Er hat dann einmal die sich aus 1225 Abs. 2, 774 426 ergebenden Rechte als der Verpfänder. Außerdem hat er aber auch die sich aus § 1249, 268 Abs. 2 und 3 ergebenden Rechte als Pfandeigentümer. Letztere geben ihm eine bessere Stellung als die ersteren, weil es im § 268 an einer dem § 774 Abs. 1, Satz 3 entsprechenden Vorschrift fehlt. Macht er nun seine Rechte als Pfandeigentümer geltend, kann der andere Mitverpfänder, an den er sich halten will, ebenfalls die sich für ihn gegen den andern als Verpfänder ergebenden Ansprüche geltend machen, so daß es hier also bei der Regelung unter Verpfändern ohne Rücksicht darauf, ob dieselben auch Pfandeigentümer sind oder nicht, bleibt.

Möglich ist es natürlich auch, daß Verpfänder und Pfandeigentümer nicht dieselbe Person sind. Dieser Fall kann auf verschiedene Arten eintreten. Einmal kann der Verpfänder, der zugleich Pfandeigentümer ist, nachträglich die Pfandsache veräußern. Weiß der Erwerber nichts von dem Bestehen des Pfandrechts, so erlischt dasselbe nach § 936. In den Fällen, wo das Recht des Dritten nicht nach § 936 erlischt, muß sich der Erwerber mit den Ansprüchen gegen den Veräußerer aus dem Kausalverhältnis zufrieden geben. Hiermit sind seine berechtigten Ansprüche befriedigt, denn ihm ist dann ja die Belastung des Gegenstandes beim Eigentumserwerb bekannt gewesen. Ferner können die beiden — Pfandeigentümer und Verpfänder — von vornherein verschiedene Personen sein. Entweder stimmt der Eigentümer dann der Verpfändung zu, dann liegt irgendein Innenverhältnis zwischen beiden vor, aus dem er sich schadlos halten kann, wenn dies vorgesehen war, oder der Verpfänder handelt ohne Zustimmung des Eigentümers. Dann hat derselbe Ansprüche gegen den

Verpfänder wegen widerrechtlicher Verfügung über die Sache. Der Fall, daß Pfandeigentümer und Verpfänder verschiedene Personen sind, ist von dem, wo sie zusammenfallen, sorgfältig zu scheiden. Denn der Pfandeigentümer, der nicht Verpfänder ist, steht ja in gar keinem Verhältnis zum Schuldner, dem Gläubiger und den anderen Sicherungspflichtigen. Es ist also durchaus richtig, daß er auch nicht die Last der Schuld tragen soll. Für ihn gelten die Vorschriften der §§ 1249, 268, die ihn voll entschädigen.

Aus unserer Erörterung muß er aber ganz ausscheiden, weil er ja nicht Besteller einer Sicherheit ist und deshalb auch nicht endgültig die Last der Schuld tragen darf. Dieser Regreßanspruch des Pfandeigentümers — oder eines sonstigen nach 1249 zur Einlösung Berechtigten — der für diesen entsteht, wenn er die Einlösungszahlung vornimmt, zu der er aus seinem „Recht an der Sache" berechtigt ist, ist ein vollkommen anderer als derjenige des Bestellers einer Sicherheit gegen einen anderen Besteller einer solchen. Er hat mit den uns hier interessierenden Fragen nichts zu tun und soll daher unberücksichtigt bleiben.

Es bedeutet eine vollständige Verkennung dieses grundsätzlichen Unterschiedes, wenn Hermes die oben angeführten Schlüsse zieht. Es ergibt sich daraus die Unrichtigkeit der Hermesschen Ansicht.

Wenn wir im folgenden nun von Verpfändern als dem „Mitbürgen" in § 774 Abs. 2 Entsprechendem reden und damit der Ausdrucksweise des Schrifttums im allgemeinen folgen, so können wir dies unbedenklich tun, weil wir ja immer nur von den Regreßansprüchen der Verpfänder sprechen und uns die Regreßansprüche der Eigentümer nicht interessieren. Es ist ohne praktische Bedeutung, ob man bei entsprechender Anwendung von § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 Abs. 2 statt Mitbürgen Mitverpfänder setzt oder mehrere Pfänder, denn derjenige, der die Last der Schuld endgültig trägt, ist der Verpfänder, wenn es auch korrekter ist zu sagen, daß „in der Haftung befangen" die Pfandsache ist.

Wir können also sagen, daß 774 Abs. 2 in Verbindung mit § 1225 bedeutet: Mitverpfänder haften einander nur nach 426. Das würde bedeuten, daß auch 426 Abs. 1 zur Anwendung kommt, nach dem mehrere Verpfänder im Zweifel nach Kopfteilen verpflichtet wären. Diese Ansicht wird auch tatsächlich von dem größeren Teil des Schrifttums vertreten[1]). Wenn man lediglich den Wortlaut der §§ 1225, 774 und 426 betrachtet, wird man auch unbedingt zu diesem Ergebnis kommen müssen. Trotzdem erheben sich schwere Bedenken gegen diese Regelung und ein kleiner Teil

[1]) Die bei Sternberg a. a. O. in Anm. 13 Genannten.

der Literatur steht auch tatsächlich auf einem anderen Standpunkt.[1])

Diese Bedenken gründen sich darauf, daß das Gesetz in einem fast gleichliegenden Falle, nämlich dem der Gesamthypothek[2]), ausdrücklich ausgesprochen hat, daß kein allgemeiner Ausgleichsanspruch besteht. Mit dieser Regelung würde die oben erwähnte in schärfstem Widerspruch stehen. Dieses an sich schon unerfreuliche Ergebnis muß besonders zu denken geben, wenn man die Entstehungsgeschichte des § 1173 betrachtet[3]) und dabei feststellt, daß man sich über die Vorteile und Nachteile dieser Regelung vollkommen im klaren war und schließlich bewußt die Vorschrift des § 1173, sozusagen als das kleinere Uebel, aufstellte. Es muß nun in höchstem Maße bedenklich erscheinen, daß man, wo das Gesetz in einem fast gleichen Falle nach reiflicher Ueberlegung ausdrücklich so entschieden hat, hier durch den Umweg von Verweisungen zur Geltung bringt, was es dort ausdrücklich abgelehnt hat. Diese Bedenken werden noch besonders gestützt, wenn man an die Bedeutung denkt, die die Vorschrift, die dieses Ergebnis herbeiführt — § 774 Abs. 2 — in ihrem ursprünglichen Geltungsbereich, der Bürgschaft, hat.

Wie wir oben gesehen haben, ist die Bedeutung des § 774 Abs. 2, für Mitbürgen die, daß die weitergehende Vorschrift über den gesetzlichen Forderungsübergang aus § 774 Abs. 1, für den Fall der Mitbürgschaft eingeschränkt wird. Die Haftung der Mitbürgen untereinander ist also geringer als die der anderen Sicherungspflichtigen dem Alleinbürgen gegenüber. Es liegt nun sehr nahe zu sagen, daß auch die Verweisung durch 1225, Abs. 2, nur eine Verweisung auf die Vorschrift des § 774, Abs. 2, insoweit ist, als sie für Mitbürgen eine Bedeutung hat. Es muß zugegeben werden, daß diese Ansicht den Wortlaut des Gesetzes gegen sich hat.

Demgegenüber muß aber folgendes erwogen werden: Die auf den Forderungsübergang im Gegensatz zum Ausgleichsanspruch beschränkte praktische Bedeutung des § 774 Abs. 2, für die Mitbürgschaft hat ihren Grund darin, daß der auf den Ausgleichsanspruch bezogene Teil des § 426 (Abs. 1) schon durch die Verweisung aus 769 für Mitbürgen zur Anwendung gebracht ist. Im Falle der mehrfachen Pfandsicherung fehlt es an einer § 769 entsprechenden Vorschrift. § 774 Absatz 2 wird hier durch die Verweisung aus 1225 Satz 1 in das System der Regelung bei mehreren Verpfändern gestellt, so daß er hier eine andere,

---

[1]) Strohal, Sternberg, Planck.

[2]) denn wirtschaftlich gesehen, ist doch Hypothek und Pfandrecht an beweglichen Sachen genau dasselbe.

[3]) siehe dazu Motive zum BGB Band 3 Seite 685.

nämlich weitergehende, Bedeutung als im System der Mitbürgschaft hat, eben weil es hier an einer § 769 entsprechenden Vorschrift fehlt. Mit anderen Worten, während bei der Mitbürgschaft 774 Absatz 2 nur auf § 426 Absatz 2 verweist und auch nur verweisen kann, weil 426 Abs. 1 schon nach 769 gilt und durch 774 Abs. 1 nicht berührt worden ist, verweist er bei Mitverpfändern auf § 426 Absatz 1 und 2. Obwohl für das Verhältnis unter Mitverpfändern die Vorschriften über Gesamtschuldner im allgemeinen nicht zur Anwendung gebracht sind, werden doch durch diese Verweisung die Vorschriften bezüglich des Ausgleichsanspruchs unter Gesamtschuldnern auf das Verhältnis unter Mitverpfändern zur Anwendung gebracht. Aus diesem Herausgreifen dieser einen Vorschrift für Gesamtschuldner und ihrer Anwendung auf Mitverpfänder entstehen die oben ausgeführten Bedenken. Beschränkt man aber die Verweisung des § 774 Absatz 2, im Falle des § 1225 Satz 2 auf § 426 Absatz 2 — also auf die Bedeutung des § 774 Absatz 2 in seiner ursprünglichen Stellung im System der Mitbürgschaft —, so kommt man damit zu einem Ergebnis, das dem Sinne des § 774 Abs. 2, besser gerecht wird, als wenn man sich nur an den bloßen Wortlaut halten würde.

Für diese Beschränkung spricht einmal die Tatsache, daß dieses Ergebnis mit dem Ergebnis, das wir aus der Regelung des Gesetzes für die Gesamthypothek gewonnen haben, im Einklang steht. Auch die Gründe, die zu dieser Regelung bei der Gesamthypothek geführt haben, treffen hier in gleicher Weise zu. Es dürfte geradezu unmöglich erscheinen, hier einen einigermaßen befriedigenden Verteilungsmaßstab zu finden. Ein Verständnis für die dabei auftauchenden Schwierigkeiten bekommt man beim Durchsehen der reichlichen Literatur. Man wird auch nicht sagen können, daß die hier vorgeschlagene Regelung unbillig ist. Jeder, der für eine Forderung ein Pfand bestellt, muß sich darüber im klaren sein, daß die Möglichkeit besteht, daß er bzw. sein Pfandstück in Anspruch genommen wird. Daran ändert auch die Tatsache, daß mehrere ein solches bestellen, nichts. Denn, weiß er dies nicht, hat er ja auch nicht damit gerechnet; weiß er dies, hätte ja für ihn die Möglichkeit bestanden, sich bei Bestellung einen Regreßanspruch zu sichern.

Daß der Wortlaut des Gesetzes gegen diese Auffassung spricht, ist bereits zugegeben. Wie aber schon oben ausgeführt wurde, entspricht sie sehr wohl dem Sinne und der Bedeutung des Gesetzes, während ein starres Festhalten am Wortlaut in diesem Falle zu einem sehr bedenklichen Ergebnis führen würde. Es ist keine willkürliche Beschränkung, die wir hier vornehmen, sondern wir lassen doch nur die Vorschrift, auf die verwiesen wird, in gleichem Maße gelten, wie sie an ihrer ursprünglichen Stelle

gegolten hat. Aus diesen Gründen erscheint diese Auffassung gerechtfertigt.

Zum gleichen Ergebnis wie wir kommen Planck, Strohal und Sternberg. Der Weg, den sie zu diesem Ergebnis gehen, ist allerdings nicht immer der gleiche.

Planck[1]) führt aus, der ganze Absatz 2 des § 774 habe „nur negative Bedeutung" und aus sachlichen Gründen schon könne es nicht zu einer Anwendung des § 774 Absatz 2 hier kommen. Er bestimme nämlich lediglich, daß Mitbürgen nur nach § 426 hafteten. Dies scheint mir nicht ganz richtig zu sein. Wenn Planck auch richtig erkennt, daß die Bedeutung des § 774 Absatz 2 in dem Worte „nur" liegt, wird er die anderen Worte „Mitbürgen haften nach 426" doch nicht einfach streichen können. Denn ebenso wie 774 Absatz 2 sagt, daß Mitbürgen nicht über den Rahmen des 426 hinaus haften, bestimmt er auch, daß sie nach § 426 haften. Daß der Wortlaut keinen anderen Schluß zuläßt, mußte Planck zugeben. Er würde es, da der Kernpunkt des Problems ja erst an einer anderen Stelle liegt, seinem Gegner erschweren, seine Ansicht anzugreifen, da dieser sich dann, wenn Planck diese Schwäche selbst zugibt, mit den guten Gründen, weswegen er trotz dieser Schwäche an dieser Auffassung festhält, auseinandersetzen müßte.

Aehnlich scheint mir auch Strohal[2]) in seiner Begründung nicht richtig. Er sucht dadurch zum Ziele zu kommen, daß er das Wort „entsprechend" in § 1225 betont. Er führt aus, Mitbürgen seien ja nach 769 Gesamtschuldner, auf sie finde also 426 schon nach dieser Vorschrift Anwendung. Auf Mitverpfänder könne man diese Grundsätze aber gar nicht anwenden. Seiner Ansicht nach ist es unmöglich, daß man „ungeachtet des Nichtvorhandenseins eines Gesamtschuldverhältnisses dieselben schuldrechtlichen Wirkungen eintreten lasse, die im Verhältnis von Mitbürgen nur deshalb eintreten, weil sie Gesamtschuldner sind".

Auch Strohal scheint mir zu übersehen, daß § 426 — allerdings neben 769 —, wenn man zunächst dem Wortlaut folgt, auch auf dem Weg über 774 Absatz 2, zur Anwendung kommt. Nach 769 haften Mitbürgen als Gesamtschuldner, außerdem bestimmt aber auch 774 Absatz 2, daß Mitbürgen einander als Gesamtschuldner haften.

Sternberg[3]) führt richtig aus, daß die falsche gegnerische Ansicht auf einer unrichtigen Würdigung der Bedeutung von 774 Abs. 2 beruht. Doch vermißt man auch bei ihm einen Hin-

---

[1]) Sachenrecht § 1225 c.

[2]) Strohal, Dogm. Jahrb. Band 61, Seite 94 ff.

[3]) a. a. O. Seite 545 ff.

weis darauf, daß diese Bedeutung eben nicht eindeutig mit dem Wortlaut übereinstimmt.

Alle drei Schriftsteller machen den Fehler, daß sie die schwache Stelle ihrer Ansicht nicht offen zugeben, um damit den Gegner zu zwingen, nun auch zu den gewichtigen Gründen, die sie trotz dieser Schwäche veranlaßt haben, diese Ansicht zu vertreten, Stellung zu nehmen. So kommt es, daß die gegnerische Aufstellung die hier vertretene Ansicht immer schon damit für abgetan hielt, daß sie die Schwäche aufdeckte. So erklärte es sich, daß die drei mit ihrer Auffassung bisher allein geblieben sind.

Die Begründung der gegnerischen Ansicht, daß zwischen Mitverpfändern immer ein Ausgleichsanspruch bestehe, ist nicht immer gleich. Manche Schriftsteller[1]) leiten den allgemeinen Ausgleichungsanspruch direkt aus 426 ab, weil sie der Ansicht sind, daß auch mehrere Verpfänder Gesamtschuldner seien, da sie ja alle zur Zahlung der Schuldsumme verpflichtet seien. Diese Ansicht steht und fällt mit der Stellungnahme in der bekannten Streitfrage, ob der Besteller einer dinglichen Sicherheit zur Zahlung verpflichtet ist oder ob er lediglich die Zwangsvollstreckung in die verhaftete Sache zu dulden hat. Auf diese Frage einzugehen, würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen; es soll daher genügen, auf die Darstellung bei Wolff[2]) hinzuweisen, der wir uns als der herrschenden und m. E. dem Gesetz entsprechenden anschließen wollen. Danach ist diese Ansicht, daß aus 426 direkt ein Ausgleichsanspruch für Mitverpfänder hergeleitet werden könnte, abzulehnen.

Eine Reihe anderer Schriftsteller begnügt sich damit, festzustellen, daß ein solcher Anspruch besteht. Manche berufen sich auf die Verweisung 1225, 774 Abs. 2, 426; andere verzichten völlig auf eine Begründung.

Hauptsächlich stützen sich alle diese Ansichten auf den Wortlaut des § 774 Abs. 2. Gegen diesen ist oben bereits Stellung genommen. Im ganzen wird man sagen können, daß das oben Ausgeführte dadurch nicht überzeugend entkräftigt werden kann.

Die Verweisung im § 1225 Abs. 2 auf § 774 Abs. 2 und von da nach 426 (Absatz 2) bedeutet also, daß die Forderung nur dann übergeht, wenn die mehreren Verpfänder untereinander zur Ausgleichung verpflichtet sind, also wenn ein besonderes Rechtsverhältnis diese Verpflichtung begründet. Die bloße Tatsache, daß einer von ihnen in Anspruch genommen ist, begründet noch keinen Ausgleichsanspruch.

Unter den Schriftstellern[3]), die im wesentlichen die hier dargelegte Ansicht vertreten, besteht aber keine Uebereinstimmung

[1]) Bendix, Cohn, Hermes u. a. m.

[2]) Wolff a. a. O. § 131.

[3]) Blanck, Sternberg, Strohal.

darüber, wer von den mehreren Verpfändern denn nun endgültig die Last der Schuld zu tragen hat. Planck steht auf dem Standpunkt, daß die Schuld nicht von demjenigen, der freiwillig gezahlt habe, getragen werden müsse, sondern, daß dieser noch wieder einen Ersatzanspruch gegen den andern habe und so erst der Letzte endgültig den Schaden tragen müsse. Er betont, daß zwar einerseits zwischen den mehreren Verpfändern keine Ausgleichungspflicht bestehe, andererseits aber

> „der in der Konsequenz des im § 1225 Bestimmten liegende Rückgriff des Zahlenden auf die anderen Pfänder nicht ausgeschlossen worden ist".

Dem ist nicht beizupflichten. 1225 regelt zunächst das Verhältnis zwischen Verpfänder und Schuldner. Ferner verweist er auf § 774. Die Bedeutung dieser Verweisung ist oben dargelegt. Dadurch ist das Verhältnis unter mehreren Verpfändern endgültig festgelegt worden. Ein Ausgleichsanspruch ist also nur gegeben, wenn er auf einer besonderen rechtlichen Grundlage besteht. Damit ist m. E. aber auch gesagt, daß, wenn dies nicht der Fall ist, ein Ausgleichsanspruch nicht besteht. Etwas anderes hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Was ist Plancks Rückgriff auf den Zahlenden denn aber anderes, als ein besonders weitgehender Ausgleichsanspruch? Anhaltspunkte für einen solchen ergeben sich m. E. aus dem Gesetze nicht.

Auch was Planck sonst anführt, kann nicht überzeugen. Seine scharfen Ausführungen[1]) gegen Strohal sind keineswegs am Platze, denn die von ihm zitierte Stelle bei Strohal handelt von einem ganz anderen Fall, nämlich dem, daß Bürge und Drittverpfänder zusammenstoßen. Er will hier dem Gedanken des Sprichworts „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst" Ausdruck verleihen und meint, daß dies

> „jetzt jedenfalls nicht für unerträglicher zu halten ist, wie wenn das (wer die Last endgültig tragen soll) ganz von der Willkür des Gläubigers abhängen sollte".

Selbst wenn man dies zugeben wollte, was wegen der Folgen, die die Möglichkeit eines solchen Wettlaufes nach sich ziehen muß, bedenklich erscheinen müßte, kann man doch nicht behaupten, daß es ein ernstliches Argument für die Plancksche Ansicht ist, daß diese nicht unbilliger ist als die sich aus dem Gesetz ergebende.

Gegen Planck spricht einmal das Gesetz, aus dem sich keine Anhaltspunkte für seine Ansicht ergeben. Auch sein Ergebnis ist nicht sehr erfreulich, weil es die schlimmsten Folgen haben muß, wenn eine solche Zahlungsverpflichtung — was Biermann mit Recht gerade verhindert wissen will — von der größeren oder

---

[1]) a. a. O.

geringeren Geschwindigkeit abhängen soll, mit der man irgend etwas tut oder unterläßt.

Nach unserer Ansicht haben wir in diesem Falle eine Regelung, die genau derjenigen bei Grundpfandrechten entspricht, was bei der engen Verwandtschaft dieser beiden Institute auch zweifellos für unsere Ansicht spricht.

Treffen also mehrere Pfandrechte an beweglichen Sachen für dieselbe Forderung zusammen, so hat die Last der Schuld — wenn vom Schuldner Zahlung nicht erlangt werden kann — derjenige zu tragen, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Auf seine Mitverpfänder abwälzen kann er diese Last nur dann, wenn er auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch gegen seine Mitverpfänder hat. Sein Rückgriff gegen den Schuldner bleibt selbstverständlich unberührt. Dieses Ergebnis entspricht genau der bei der Gesamthypothek ausdrücklich im Gesetz getroffenen Regelung.

III. Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht für dieselbe Forderung.

Keine gesetzliche Regelung gibt es für das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht zur Sicherung derselben Forderung. Wir haben feststellen können, daß sowohl im Falle der Gesamthypothek, als auch bei mehrfacher Bestellung von Pfandrechten an beweglichen Sachen, im Ergebnis dieselbe Regelung getroffen ist. Wir haben dieses Ergebnis in beiden Fällen direkt aus den gesetzlichen Vorschriften ziehen können, doch handelte es sich in beiden Fällen um verschiedene Vorschriften. Es wäre nun ungenau, ohne weiteres aus der Tatsache, daß in diesen beiden Fällen die Regelung eine gleiche ist, zu folgern, daß auch beim Zusammentreffen über Kreuz — wenn wir es einmal so nennen wollen — dieselbe Regelung eintreten soll. Denn aus der Tatsache, daß beim Zusammentreffen von zwei gleichen Sicherungen der einen Art sowohl wie der anderen Art die gleiche Regelung eintritt, kann man noch nicht schließen, daß auch beim Zusammentreffen der einen Art mit der anderen Art dasselbe Ergebnis eintritt. Allerdings sind Grundstückspfand und Fahrnispfand letzten Endes das gleiche, wenn sie auch positiv-rechtlich verschieden gestaltet sind; aber gerade wegen der verschiedenen Gestaltung muß zunächst festgestellt werden, ob diese hier, d. h. beim Zusammentreffen über Kreuz, vielleicht einen Unterschied ergibt.

Die allgemeine gesetzliche Regelung ergibt folgendes Ergebnis: Sind für eine Forderung eine Hypothek und ein Pfandrecht an beweglichen Sachen bestellt, und nimmt der Gläubiger, da er Zahlung vom Hauptschuldner nicht erlangen kann, den

Verpfänder bzw. die verpfändete Sache in Anspruch, so geht nach § 1225, §§ 412, 401 die Hypothek auf den Verpfänder über. Das Pfandrecht würde durch Konsolidation erlöschen. Außerdem würde natürlich die Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Verpfänder übergehen, doch wird diese Forderung häufig, wenn schon die dinglichen Sicherheiten in Anspruch genommen werden, wertlos sein. Dieser Anspruch soll hier aber auch nicht interessieren, weil ja nur von dem Ausgleich zwischen mehreren Bestellern einer Sicherheit unabhängig von dem Anspruch gegen den Hauptschuldner die Rede ist. Der Verpfänder könnte sich also dann bei dem Grundstückseigentümer schadlos halten, und dieser müßte den ganzen Schaden tragen. Denn auch auf ihn gehen zwar die ganzen Sicherungen, zusammen mit der Forderung gegen den Hauptschuldner, nach § 1143 Satz 1, §§ 412, 401 über, aber das Pfandrecht ist schon durch Konsolidation erloschen und der Verpfänder dadurch frei geworden. Wenn manche hier nach 1256 Abs. 2 ein Interesse des Verpfänders am Fortbestande des Pfandrechtes und damit ein Fortbestehen des Pfandrechtes annehmen, so scheint mir dies eine rein theoretische Erwägung zu sein, die praktisch nicht zutreffen kann und als gekünstelt und mit dem gesunden Rechtsempfinden unvereinbar abgelehnt werden muß. Denn, wenn man überhaupt ein Interesse des Verpfänders annehmen will, so kann es doch nur das sein, möglichst schnell von seiner Verpflichtung und damit von seinem Pfandrecht los zu kommen. Der Besteller der Hypothek trägt also den endgültigen Schaden.

Zu demselben Ergebnis kommen wir in den meisten Fällen auch, wenn der Besteller der Hypothek zuerst in Anspruch genommen wird und vom Hauptschuldner Zahlung nicht erlangen kann. Nach §§ 1143, 401, 412 geht zunächst die Forderung gegen den Hauptschuldner mit allen ihren Sicherungen auf ihn über; er kann sich also an den Verpfänder halten. Der Verpfänder seinerseits kann wieder eine Einlösungszahlung vornehmen, und dadurch geht die Forderung gegen den Hauptschuldner mit allen ihren Sicherungen auf ihn über. Die Hypothek ist seinerzeit durch Befriedigung durch den Besteller als Eigentümerhypothek, und zwar als echte, sog. forderungsbekleidete Eigentümerhypothek, für die Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn übergegangen. Diese Forderung gegen den Hauptschuldner geht nun wieder durch die Einlösungszahlung auf den Verpfänder über. Nach §§ 1225, 412, 401 gehen alle Sicherungen, also auch die Eigentümerhypothek, mit über. Sie verwandelt sich wieder in eine Fremd-Hypothek. Das Pfandrecht des Verpfänders erlischt jetzt durch Konsolidation, und die Rechtslage ist die gleiche wie oben, wo der Verpfänder gleich den Gläubiger befriedigt hatte. Auch

in diesem Falle trägt also der Besteller der Hypothek den endgültigen Schaden.

Der Besteller der Hypothek könnte sich in dem zweiten Falle nur dadurch vor diesem Schaden bewahren, daß er seine Eigentümerhypothek zum Erlöschen bringt, bevor er sich an den Verpfänder der beweglichen Sache hält. Dieser Weg, der sehr umständlich ist, und häufig aus Unkenntnis nicht begangen werden wird, ist manchmal aber auch überhaupt nicht gangbar, weil er die im Range nachstehenden Hypothekengläubiger zum Aufrücken bringen würde und dadurch den Gläubigern einen ungerechtfertigten Vorteil und dem Eigentümer keinen Nutzen bringen würde. Der Eigentümer hätte also praktisch auch in diesem Falle einen erheblichen Schaden.

Diese Regelung muß als äußerst unbillig bezeichnet werden. Es ist nicht einzusehen, warum immer der Besteller der Hypothek den Schaden tragen soll, wo doch der Verpfänder in fast genau derselben Weise verpflichtet ist, wie der Besteller der Hypothek. Dieses Ergebnis ist nur möglich durch das besondere Institut der Eigentümerhypothek. Obwohl sie ursprünglich zugunsten des Bestellers der Hypothek geschaffen worden ist, wirkt sie sich doch in diesem Falle gerade zum Nachteil des Grundstückseigentümers aus, und zwar nur deshalb, weil es an einer der Eigentümerhypothek entsprechenden Pfandrechtsform für das Pfandrecht an beweglichen Sachen fehlt.

Dieses Ergebnis ist so ungeheuerlich und unbefriedigend, daß doch versucht werden muß, eine andere Möglichkeit der Lösung zu finden. Eine solche, sehr naheliegende ist auch tatsächlich gegeben. Wir haben gesehen, daß bei der Gesamthypothek und bei mehrfachen Pfandrechten an beweglichen Sachen die gesetzliche Regelung die gleiche ist. Die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, auf die wir für das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht zunächst zurückgegriffen haben, sind im Ergebnis absolut untragbar. Dieses erklärt sich daraus, daß eben dieser Fall nicht besonders geregelt ist. Es erscheint daher gerechtfertigt, auch in diesem Falle — beim Zusammentreffen über Kreuz — diese Regelung wie bei mehreren Hypotheken oder mehreren Pfandrechten auch bei Hypothek und Pfandrecht anzuwenden.

Für diese Regelung spricht auch die Tatsache, daß sie in das System des geltenden Rechts sehr gut paßt, weil Mobiliarpfand und Grundstückspfand doch letzten Endes dasselbe sind. Auch sprechen für diese Regelung dieselben Gründe, die für dieselbe Regelung bei der Gesamthypothek und mehreren Pfandrechten an beweglichen Sachen sprachen.

Eine andere Lösung findet Hermes[1]). Er steht auf dem

---

[1]) a. a. O. Seite 47.

Standpunkt, daß sowohl der Verpfänder einer beweglichen Sache als auch der Besteller einer Hypothek dem Gläubiger zur Zahlung verpflichtet sind, nicht nur die Zwangsvollstreckung in die Sache dulden zu müssen. Er nimmt hier wieder ein Gesamtschuldverhältnis an und leitet einen Ausgleichsanspruch direkt aus 426 ab. Diese zweifellos konsequente Lösung können wir nicht billigen, da nach unserer Ansicht der Besteller einer dinglichen Sicherheit nicht Schuldner des durch die Sicherheit Begünstigten ist.

Auch beim Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht trägt also grundsätzlich der Inanspruchgenommene die Last der Schuld. Einen Ausgleichsanspruch hat er auch nur, wenn er diesen aus einem besonderen Rechtsverhältnis herleiten kann.

C. Zusammentreffen von dinglicher und persönlicher Sicherung für eine Forderung

Große Schwierigkeiten für die rechtliche Behandlung macht das Zusammentreffen von dinglicher und persönlicher Sicherung für dieselbe Forderung. Es ist nicht ohne weiteres aus dem Gesetz ersichtlich, ob der jeweils in Anspruch genommene Sicherungspflichtige sich seinerseits an seine Mitsicherungspflichtigen halten kann und ob es einen Unterschied macht, ob der persönlich oder der dinglich Haftende in Anspruch genommen wird.

Zur Lösung dieser Frage werden wir auf die oben gewonnenen Ergebnisse zurückgreifen müssen. Es ist ersichtlich, daß, wo bei den oben dargelegten Fragen schon ziemlich viel Streitiges vorhanden war, sich in diesem Falle noch viel größere Schwierigkeiten zeigen müssen.

Man kann die Ansichten des Schrifttums über diese Frage in zwei Gruppen teilen, die wenigstens, was das Ergebnis angeht, übereinstimmen.

Die eine[1]) läßt beim Zusammentreffen von dinglicher und persönlicher Haftung für eine Forderung eine anteilige Haftung der verschiedenen Besteller der Sicherungen eintreten, während die andere[2]) im Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfänder den Letzteren den endgültigen Schaden tragen läßt.

---

[1]) Bendix, Breit, Cohn, Schulz, Staudinger, Oertmann, Wolff u. a. m.

[2]) Boethke, Crome, Dernburg, Enneccerus, Fuchs, Koban, Martinius, Planck, Sternberg, Strohal u. a. m.

Die erstgenannte Gruppe, die zu dem Ergebnis **anteiliger Haftung untereinander** kommt, **unterteilt** sich aber noch wieder in eine ganze Reihe von verschiedenen Ansichten darüber, wie dieses Ergebnis nun erreicht werden soll.

Gegen diese ganze Gruppe wendet sich Strohal[1]). Nach ihm gehen diese Schriftsteller alle von der Regelung unter mehreren Verpfändern einerseits und unter Mitbürgen anderseits aus. Sie verstehen den 1225 falsch, insbesondere die Verweisung auf 774. Sie meinen nämlich, daß durch 774 Abs. 2, in Verbindung mit 426 ein Ausgleichungsanspruch zwischen Mitbürgen geschaffen sei, während wir — und Strohal ist im wesentlichen unserer Ansicht — ja oben gesehen haben, daß 774 lediglich von dem gesetzlichen Forderungsübergang handelt. So mißverstehen sie die Verweisung des 1225 und meinen, daß auch durch 1225 ein Ausgleichsanspruch gegeben wäre. Gegen diese Ansicht haben wir uns schon oben gewandt. Diese Gruppe geht also von falschen Voraussetzungen aus, so daß man schon deswegen sagen kann, daß das Ergebnis wahrscheinlich falsch sein wird.

Aber auch noch einen anderen Fehler soll diese Gruppe nach Strohal machen. Nach ihm folgert sie aus der, wie wir gesehen haben, an sich schon falschen Tatsache, daß sowohl in dem Falle, wo mehrere Verpfänder zusammentreffen, als auch in dem Falle, wo mehrere sich für dieselbe Forderung verbürgt haben, eine gleiche Regelung eintritt, daß nun auch beim Zusammentreffen über Kreuz, also wenn Bürgen und Verpfänder zusammentreffen, dieselbe Regelung eintreten müsse. Es bedeute einen logischen Fehler, daß man für zwei verschiedene Rechtsinstitute, die, wenn sie mit gleichartigen zusammentreffen, in beiden Fällen gleich geregelt sind, auch beim Zusammentreffen über Kreuz die gleichen Rechtsfolgen eintreten lasse. Erst, wenn man den Nachweis erbringe, fährt Strohal fort, daß die beiden Fälle untereinander so verwandt seien, daß die gleiche Behandlung gerechtfertigt erscheinen könne, dürfe man diesen Schluß ziehen. Dieser Nachweis werde aber nicht erbracht. So werde man dieses von falschen Voraussetzungen ausgehende und auf einem Denkfehler aufgebaute Ergebnis nicht billigen können.

Strohal macht sich die Ablehnung der gegnerischen Ansicht etwas zu leicht, wenn er meint, damit genug gegen diese Ansicht gesagt zu haben. So wie er die Ansicht der Gegner darstellt, wäre allerdings weiter nichts mehr zu sagen. Tatsächlich vertritt aber keiner der von ihm auf Seite 64 in der Anmerkung 10 Genannten diese Ansicht in dieser Form. Der von Strohal ausgeführte Gedanke mag vielleicht mit ein Grund gewesen sein, der diesen Schriftstellern dieses Ergebnis wünschenswert er-

---

[1]) a. a. O. Seite 64 ff.

scheinen ließ, in der Begründung ihrer Ansicht gehen sie tatsächlich einen anderen Weg.

Breit[1]) ist wohl der Hauptvertreter der Ansicht, die eine anteilige Haftung eintreten läßt. Sein Aufsatz über diese Frage begründete die gegnerische Ansicht. Es lohnt sich daher, sich eingehender mit diesem zu beschäftigen. Er geht darin vor allem auf zwei Hauptfragen ein. Einmal ist dies die Frage, ob es richtig ist, ohne weiteres immer nach § 401 BGB den Uebergang sämtlicher Nebenrechte mit einer Forderung anzunehmen, oder ob unter Umständen eine Einschränkung geboten sein kann. Ferner prüft er, nachdem er sich für eine ziemlich weitgehende Einschränkung des Grundsatzes aus 401 entschieden hat, die Frage, wie man nun doch wieder für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Sicherungspflichtiger für eine Forderung eine Verteilung der Haftungslast herbeiführen kann.

Breit behauptet, daß die Voraussetzungen von Strohal, daß sämtliche Sicherungen mit der Forderung übergehen, falsch sei. Nach ihm verwechselt Strohal hier Grund und Folge:

> „Er wirft die Frage auf, ob hier Bürge und Drittverpfänder in einem dem 774 Abs. 2 entsprechenden Verhältnisse zueinander stehen und gründet die Antwort auf den Satz, daß auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, mit der persönlichen Forderung zugleich auch das Pfandrecht übergeht. In Wahrheit ist es umgekehrt: Erst muß festgestellt werden, ob Ausgleichung stattfindet, erst dann Uebergang der Sicherheit."

Breit will also den § 401 restriktiv so auslegen, daß bei gesetzlichem Forderungsübergang die Sicherungen nur übergehen, wenn sie vom Schuldner bestellt sind. Sonst gehen diese nur über, wenn der Dritte im Innenverhältnis ausgleichspflichtig ist.

Die Rechtfertigung für diese sehr weitgehende Auffassung findet Breit aus dem Gesetze selbst. Den

> „evidenten Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung bilden die Vorschriften aus § 1173 über die Gesamthypothek".

Ferner führt er § 774, Absatz 2, hier an, und zwar scheint er ihn hier richtig im Sinne unserer Ansicht zu verstehen, wenn er feststellt, daß nach ihm (774 Abs. 2 in Verbindung mit 426) nur insoweit die Forderung gegen den Mitbürgen übergeht, als jener Ausgleichung verlangen kann.

Gegen diese einschränkende Auslegung des § 401 muß man sagen, daß es bedenklich erscheinen muß, gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes mit so schwachen Argumenten vorzugehen. Allerdings sind 1173 und 774 Ausnahmen von 401, aber aus einer

---

[1]) a. a. O. Seite 283 ff.

solchen Ausnahmeregelung ein allgemeines Prinzip zu folgern, ist sehr weit gegangen. Vor allem wird man ein Bedürfnis zu einer solchen Gewaltmaßnahme, wie man vielleicht sagen kann, nicht sehen können. Es ist doch möglich, mit der richtig verstandenen gesetzlichen Regelung auszukommen und nur insoweit Ausnahmen gelten zu lassen, wie diese ausdrücklich im Gesetz bestimmt sind. Eine Vorschrift, die hier in Frage kommt, ist anscheinend von Breit übersehen worden, und das ist § 426, Absatz 2, der ebenfalls praktisch eine Einschränkung von 401 herbeiführt. Mit dieser gesetzlichen Regelung kommt man überall aus. Auch die Beispiele von Breit, die zeigen sollen, daß noch weitere Ausnahmen von 401 — außer den ausdrücklich im Gesetz gemachten — gemacht werden müßten, können, wie wir im folgenden sehen werden, diesen Nachweis nicht erbringen.

Das erste Beispiel von Breit ist folgendes: A und B schulden als Gesamtschuldner 1000 Mark. C läßt für diese Schuld eine Hypothek auf seinem Grundstück eintragen. Nun zahlt A die 1000 Mark und hat einen Ausgleichsanspruch gegen B. Hier muß nach Breit nun eine Ausnahme von 401 gemacht werden, weil es doch nicht angehen könne, daß der A jetzt die Hypothek wegen seiner Forderung gegen B erwerbe. Allerdings geht in diesem Falle die Hypothek nicht auf B über, doch braucht man sich dafür nicht erst lange auf außergesetzliche Ausnahmen zu berufen, sondern diese Tatsache ist sehr wohl mit 401 zu verbinden. Der Uebergang der Hypothek tritt hier nicht ein, weil eine von 401 abweichende Regelung vertraglich getroffen ist. Eine solche Regelung braucht nicht einmal ausdrücklich geschlossen zu werden, sondern sie kann sich auch stillschweigend aus den ganzen Umständen ergeben. Breit übersieht offenbar völlig, daß es sich in 401 nicht um zwingendes Recht handelt, sondern daß der § 401 durch eine abweichende vertragliche Regelung außer Kraft gesetzt werden kann[1]). Ebenso kann es keine Frage sein, daß eine solche Regelung auch stillschweigend getroffen, d. h., daß sie sich auch stillschweigend aus den Umständen ergeben kann.

Im Ergebnis stimmt unsere Ansicht also hier mit der von Breit vertretenen überein. Während er aber in diesen Fällen eine außergesetzliche Ausnahme von 401 annimmt und auf diese Art und Weise zu einer mit dem Gesetz unvereinbaren Regelung kommt, ergibt sich für uns die Lösung zwanglos aus der Tatsache, daß wir die Möglichkeit im einzelnen Fall eine von 401 abweichende Regelung zu treffen, anerkennen. Aus diesem Grunde erscheint unsere Ansicht als die richtigere.

Das zweite Beispiel von Breit — ein Zusammentreffen von

---

[1]) Daß § 401 tatsächlich kein zwingendes Recht ist, ergibt sich ohne weiteres aus § 1250 Absatz 2.

Hypothek und Pfandrecht an beweglichen Sachen für dieselbe Forderung — ist von uns unter B III bereits ausdrücklich behandelt worden. Auch hier konnten wir zu einem glatten Ergebnis kommen. Man wird wohl sagen können, daß man in allen Fällen eine solche Lösung finden kann, und daß die Breitsche Ansicht daher, weil nur schwer mit dem Gesetz vereinbar, abzulehnen ist.

Die zweite Hauptfrage, mit der Breit sich in seinem Aufsatz beschäftigt, ist die Verteilung der Haftungslast unter mehreren Bestellern einer Sicherheit. Diese Frage ist für ihn besonders wichtig, weil er nach dem oben Ausgeführten den gesetzlichen Forderungsübergang ja in den Fällen ablehnt, wo nicht ein besonderer Ausgleichsanspruch gegeben ist.

Um nun einen solchen zu begründen, schlägt er folgendes vor (Lösung b). Man solle aus den beiden Vorschriften 774 Absatz 2 und 1225 Satz 2 ein allgemeines Prinzip des Inhalts ableiten, daß mehrere Besteller einer Sicherheit für dieselbe Forderung im Zweifel zur Ausgleichung untereinander verbunden sein sollten.

Er gibt zu, daß diese Lösung etwas (zu) kühn ist; er kann auch nicht leugnen, daß dieses allgemeine Prinzip in einem sehr wichtigen und sehr ähnlich liegenden Falle — dem der Gesamthypothek — ohne ersichtlichen Grund vom Gesetz durch ausdrückliche andere Vorschriften durchbrochen ist. Die „Erklärung", die mancher Vertreter dieser Ansicht für diese Tatsache findet, daß im Falle der Gesamthypothek wohl häufiger ein geregeltes Innenverhältnis vorhanden sei, kann doch wohl ernstlich kaum als solche bezeichnet werden. Gegen Breits allgemeines Prinzip spricht diese Durchbrechung um so mehr, als dabei in keiner Weise zum Ausdruck gekommen ist, daß es sich etwa um eine ausdrückliche Sonderregelung handelt. Schwere Bedenken ergeben sich auch aus der Entstehungsgeschichte[1]). Aus dieser geht hervor, daß man sich über die Schwierigkeit, die diese Regelung in gewisser Beziehung mit sich bringen mußte, sehr wohl im klaren war, sich aber trotzdem für diese Regelung entschlossen hat. Neben dieser ausdrücklichen und wohlüberlegten Vorschrift aus zwei umstrittenen andern ein allgemeines Prinzip herzuleiten, das mit der ersten im Widerspruch steht, muß als sehr gewagt bezeichnet werden.

Breit begründet seine Ansicht vor allem mit der Billigkeit seines Ergebnisses, und man wird nicht bestreiten können, daß die von Breit gewählte Lösung wohl im Verkehrsleben vielfach gebilligt werden würde. Auch unser Ergebnis muß aber als durchaus billig und den Anforderungen des Verkehrs ent-

---

[1]) Motive zum BGB Band 3, Seite 695 ff.

sprechend bezeichnet werden. Es ist nicht einzusehen, warum ein Ergebnis, das sich mit dem Gesetz nicht vereinen läßt, nur deshalb, weil das Ergebnis genau so billig ist, wie das aus dem Gesetz sich ergebende, an Stelle des mit dem Gesetz übereinstimmenden treten soll.

Es wird zweifellos richtig sein, in den Fällen, wo die beiden Besteller einer Sicherheit voneinander wissen, auch wenn ein ausdrückliches Abkommen über die Verteilung der Haftungslast zwischen den beiden nicht getroffen sein sollte, weitgehendst aus den Umständen des Falles nach Treu und Glauben ein Verhältnis anzunehmen, aus dem sie sich gegenseitig anteilsmäßig verpflichtet sind, den Schaden des Inanspruchgenommenen untereinander auszugleichen.

In den anderen Fällen kann ein Bedürfnis zur Ausgleichung nicht anerkannt werden. Wenn sich jemand — wenn auch bedingt — zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, so ist nicht einzusehen, warum er von dieser Leistungspflicht teilweise befreit werden soll, weil auch ein anderer sich, unabhängig von ihm und ohne, daß er dies überhaupt wußte, auch zu derselben Leistung verpflichtet hat.

Aber auch noch aus einem anderen Grunde muß Breits allgemeines Prinzip von uns mißbilligt werden. Er leitet dieses allgemeine Prinzip nämlich aus zwei Vorschriften ab, die den Grundgedanken seines Prinzips, den allgemeinen Ausgleichungsanspruch, überhaupt nicht enthalten, vielmehr von ihm falsch verstanden sind. Auf die Bedeutung des § 774 Abs. 2 haben wir bereits oben hingewiesen. § 774 Abs. 2 bringt doch nur eine Beschränkung des Forderungsüberganges. Daß 1225, der nur auf 774 Abs. 2 verweist, keinen selbständigen Ausgleichsanspruch begründen kann, wo nicht einmal 774 einen solchen begründet, liegt auf der Hand. Auch aus diesem Grunde muß der Breitsche Versuch als mißlungen bezeichnet werden.

Als zweite Möglichkeit (Lösung a) schlägt Breit dann noch vor, sich streng an das Gesetz zu halten. Man könne nur dann einen Ausgleichsanspruch annehmen, wenn ein solcher ausdrücklich gegeben sei. Grundsätzlich ist dem beizupflichten, allerdings sind die Ergebnisse, die Breit aus dem falsch verstandenen § 774 Absatz 2 zieht, nach unserer Ansicht unrichtig.

Diese beiden Lösungen schlägt Breit vor, ohne zu sagen, welcher von beiden er den Vorzug geben will. Merkwürdig muß es aber berühren, wenn er als Hauptargument für seine eine Lösung (Lösung b) die Billigkeit des Ergebnisses anführt, dann aber bei der anderen (Lösung a) zugibt, daß dieselbe genau so billig ist.

So dürften die Vorschläge von Breit wohl nicht geeignet sein, Klärung in diese Frage zu bringen.

Eine Gruppe von Schriftstellern[1]) leitet auch in diesem Falle wieder den Ausgleichungsanspruch aus 426 direkt ab, da sie den Standpunkt vertritt, daß sowohl ein Besteller einer dinglichen Sicherheit als auch ein Bürge „Schuldner" (beim Zusammentreffen also Gesamtschuldner) seien. Da wir, was den Besteller einer dinglichen Sicherheit angeht, auf einem anderen Standpunkt stehen, kommt diese Lösung für uns nicht in Frage. Aber auch für den, der uns in dieser Ansicht nicht folgen konnte, ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Ansicht noch aus folgendem: Ein Gesamtschuldverhältnis setzt eine dem Inhalt nach gleiche Schuld bei den verschiedenen Gesamtschuldnern voraus. Und an einer solchen, dem Inhalt nach gleichen Schuld fehlt es in diesem Falle. Der ganze Aufbau und das System der Bürgschaft zeigen, daß es sich um eine ganz besonders geartete Verpflichtung handelt. Westerkamp hat das sehr einleuchtend auch aus dem Wortlaut des Gesetzes nachgewiesen. „Einstehen" heiße zunächst „abwarten wollen". Es heiße abwarten, ob der Erfolg nicht zunächst ohne die eigene Mithilfe eintritt. Erst wenn sich herausgestellt habe, daß diese eigene Mithilfe erforderlich sei, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, erst dann solle der Einstehende auch seinerseits das Erforderliche tun.

Auch ist der Verpflichtungsgrund in beiden Fällen ein anderer. Für den Verpfänder entsteht die Bindung dadurch, daß er über die Sache verfügt, sich also in einem sehr hohen Maße der Herrschaft über dieselbe begibt. Der Bürge dagegen geht lediglich eine Verpflichtung schuldrechtlicher Art ein, er will nur in einem bestimmten Falle für einen bestimmten Erfolg einstehen. Der große Unterschied zwischen Verfügung und Verpflichtung, der uns überall im Recht wieder begegnet, darf auch hier nicht in der Weise übersehen werden, daß man beim Vorliegen von Verpflichtungen einerseits und Verfügungen andererseits dahin kommt, einen gleichartigen Verpflichtungsgrund, wie er für ein Gesamtschuldverhältnis verlangt werden muß, anzunehmen.

Sternberg[2]) führt u. a. einen weiteren sehr wichtigen Grund gegen die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses an. Er weist darauf hin, daß nach allgemeiner Ansicht[3]) für den gesetzlichen Forderungsübergang nach 1173 ein besonderer Ausgleichungsanspruch notwendig ist. Entsprechend ist es im Anwendungsfalle des 1164. Dies erkennen auch die Vertreter der Lehre an, daß der Besteller einer dinglichen Sicherheit nicht nur die Zwangsvollstreckung dulden müsse, sondern auch zur Zahlung verpflichtet

---

[1]) Bendix, a. a. O., ferner Cohn, Hermes u. a. m.

[2]) a. a. O. Seite 553 ff.

[3]) a. A. Hermes.

sei. Dies kann aber nur gerechtfertigt werden, wenn man die Zahlungspflicht des Verpfänders — immer vorausgesetzt, daß man eine solche überhaupt annimmt — nicht den Regeln des Schuldrechts über Gesamtschuldner unterwirft, denn sonst müßte doch im Zweifel immer ein Ausgleichungsanspruch zwischen den mehreren Bestellern einer Hypothek für dieselbe Forderung bestehen. Wenn man aber bei der Gesamthypothek auf diesem Standpunkt steht, wird es schwer zu rechtfertigen sein, in unserem Falle hier einen anderen Standpunkt einzunehmen.

Aus all diesen Gründen muß die Ansicht, aus 426 direkt einen Ausgleichsanspruch abzuleiten, abgelehnt werden.

Alle diese Versuche, einen Ausgleichsanspruch auf die eine oder andere Art zwischen Bürgen und Besteller einer dinglichen Sicherheit zu konstruieren, müssen als gescheitert angesehen werden. Damit ist nun aber noch nicht gesagt, daß hier, genau wie bei mehreren Bestellern einer dinglichen Sicherheit, immer derjenige die endgültige Last der Schuld zu tragen habe, der gerade vom Gläubiger in Anspruch genommen wird.

Dieses Ergebnis kann nicht ohne weiteres hingenommen werden. Es handelt sich doch in diesem Falle um zwei ganz verschiedene Arten von Sicherheiten, und es muß zunächst geprüft werden, ob sich nicht aus der gesamten gesetzlichen Regelung Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der eine Besteller einer Sicherheit in höherem Maße wie der andere verhaftet erscheint und daher vor dem anderen in Anspruch genommen werden muß.

Eine solche Vorschrift, die die beiden verschiedenen Arten von Sicherungen in eine wertende Beziehung bringt, ist der § 776. Aus 776 ergibt sich klar, daß der Bürge dem Verpfänder gegenüber den größeren Schutz genießen soll. Denn nach 776 BGB wird der Bürge insoweit von seiner Haftung kraft G e s e t z e s frei, wie der Gläubiger eine andere Sicherung für die Forderung aus der Haftung entläßt, wenn der Bürge nach 774 aus ihr Ersatz hätte erlangen können. An einer entsprechenden Bestimmung fehlt es dagegen für den Fall, daß der Gläubiger einen Bürgen aus der Haftung entläßt, während ihm ein Pfand (Verpfänder) weiterhaftet. Diese Regelung zeigt, daß der Bürge von dem Gesetzgeber günstiger gestellt werden sollte als der Verpfänder. Denn nur so kann das Fehlen einer § 776 entsprechenden Vorschrift für den Verpfänder erklärt werden, und diese Höherbewertung muß auch als gerechtfertigt bezeichnet werden. Die Bürgschaft ist, wirtschaftlich betrachtet, ein persönlicher Kredit, d e s w e g e n also besonders zu begrüßen, weil sie, von Sachwerten unabhängig, eine Kreditbasis schafft. Es bedeutet eine erhebliche Förderung dieser Einrichtung, wenn auf den Bürgen nur im äußersten Notfall zurückgegriffen wird. Auch ist

der Einsatz des Bürgen und des Verpfänders, wie schon oben ausgeführt, verschieden, weil der Bürge mit seinem gesamten Vermögen und Erwerb haftet.

Auf unseren Fall angewandt, hat die in § 776 zum Ausdruck kommende Höherbewertung das Ergebnis, daß der Bürge dem Verpfänder gegenüber besser gestellt ist, und dieser den endgültigen Schaden trägt.

Abschließend kommen wir dann also zu folgendem Ergebnis:

Ist eine Forderung persönlich und dinglich gesichert, so trägt der Besteller der dinglichen Sicherheit den Schaden vor dem Bürgen, falls vom Hauptschuldner Zahlung nicht erlangt werden kann. Denn hält sich der Gläubiger zunächst an den Bürgen, so gehen nach 774 die Hauptforderung mit all ihren Sicherungen auf den Bürgen über. Die Bürgschaft erlischt. Der Bürge kann sich nunmehr an den Verpfänder bzw. das Pfand halten und auf diese Weise die Last der Schuld von sich abwälzen.

Hält sich der Gläubiger zunächst an den Verpfänder, so gehen auf diesen ebenfalls nach 1225 Abs. 2, 774 Abs. 1 sämtliche Sicherungen zusammen mit der Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Verpfänder über. Das Pfandrecht erlischt nach 1256, falls nicht hier der Fall des Absatzes 2 vorliegen sollte. Durch den gesetzlichen Forderungsübergang auf den Verpfänder ist derselbe zweifellos Gläubiger der Hauptforderung geworden. Erlischt nun das Pfandrecht, so liegt hier ein Fall vor, auf den § 776 zum mindesten entsprechend angewandt werden muß. Der Pfandeigentümer ist jetzt rechtlich Gläubiger der Forderung, und das Pfandrecht erlischt, wenn er nicht ein besonderes entgegenstehendes Interesse hat. Das Fehlen dieses Interesses muß nun als etwas dem Aufgeben des Pfandrechts in 776 Aehnliches aufgefaßt werden, zumal, wie wir gesehen haben, die Besserstellung des Bürgen in der Tendenz des Gesetzes liegt. Dann wird der Bürge in gleicher Weise, wie er aus dem Pfand sich hätte Ersatz verschaffen können, von seiner Leistungspflicht befreit. Auch in diesem Falle trägt also der Verpfänder den Schaden.

Dieses Ergebnis erscheint durchaus gerechtfertigt. Es ist auch offenbar vom Gesetzgeber so gewollt, wie sich aus der Tatsache, daß es an einer dem § 776 entsprechenden Vorschrift für das Pfandrecht fehlt, ergibt.

Man kann in der Regelung der Regreßansprüche unter mehreren Sicherungspflichtigen im BGB eine bestimmte Linie erkennen. In allen denkbaren Fällen des Zusammentreffens mehrerer dinglicher Sicherungen ist die Regelung genau die gleiche. Ein Ausgleichsanspruch ist nur gegeben, wenn dieser aus einem besonderen Rechtsverhältnis hergeleitet werden kann. Bei der Mitbürgschaft dagegen haften die Mitbürgen als Gesamtschuldner im Zweifel nach § 426 Abs. 1 nach Kopfteilen.

Treffen Bürgschaft und Pfandrecht (i. w. S.) zusammen, so ist der Bürge der Bevorzugte; er haftet im Ergebnis erst hinter dem Besteller der dinglichen Sicherheit.

Mein Lebenslauf

Ich, Richard Vietor, bin am 6. Januar 1912 in Bremen als Sohn des Großkaufmanns Johann Karl Vietor und seiner Ehefrau Hedwig geb. Angener geboren. Ich bin evangelischer Konfession.

Von Ostern 1918 bis Ostern 1921 besuchte ich eine Privatvorschule in Bremen. Von Ostern 1921 bis Ostern 1930 besuchte ich das Neue Gymnasium (reform-humanistisch) in Bremen, das ich mit dem Reifezeugnis verließ. Von SS 1930 — SS 1931 studierte ich in Tübingen und von WS 1931/32 bis SS 1933 in Marburg die Rechtswissenschaft. Am 24. März 1934 bestand ich die 1. jur. Staatsprüfung vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgericht in Kassel.

Anfang April 1934 wurde ich zum Gerichtsreferendar bei der bremischen Justizverwaltung ernannt. Am 10. September 1935 wurde ich — nach Ausscheiden aus dem Justizdienst — zum Regierungsreferendar bei der Regierung in Osnabrück ernannt.

Ende Mai 1936 bestand ich die mündliche Dr.-Prüfung vor der jur. Fakultät der Phillipps-Universität in Marburg.